

MARTINA JELOVCICH

Dottoranda di ricerca in Procedura penale presso l'Università degli Studi di Udine e di Trieste

ALCOLTEST: BILANCIAMENTO TRA GARANZIE DIFENSIVE ED ESIGENZE DI ACCERTAMENTO

1. PREMESSA

Diritto di difesa e disciplina probatoria individuano il loro fondamento razionale nella presunzione di innocenza. Questo principio rappresenta, infatti, «un concetto forza nel sistema del nostro processo, che non può non influire sulla metodologia dell'accertamento penale»¹.

È proprio su questa metodologia, soprattutto quando consiste in atti cognitivi condotti sul corpo umano, che l'ordinamento italiano trova difficoltà a definire un bilanciamento soddisfacente tra diversi beni giuridici²: la questione appare tanto più rilevante quanto più si considera che la tutela delle garanzie individuali e la salvaguardia della difesa sociale sono esigenze che vengono – o dovrebbero essere – garantite entrambe, sia pure indirettamente, da parte del processo penale³.

Non sorprende che la disciplina degli accertamenti strumentali, calata nell'ambito di un più generale programma di prevenzione dei reati stradali, presupponga anch'essa un temperamento tra i due valori di fondo cui si è fatto cenno: il primo valore è quello del “giusto processo”, dietro al quale si affacciano tutte le garanzie individuali preordinate alla salvaguardia della persona sottoposta a procedimento penale; il secondo valore è quello della “efficacia del processo”, intesa come funzionalità dei meccanismi processuali rispetto al conseguimento dello scopo che gli è proprio (accertamento della verità storica dei fatti oggetto dell'imputazione e delle responsabilità).

Dopo una rapida ricognizione dei metodi per l'accertamento del tasso alcolemico, recenti pronunce della giurisprudenza di legittimità confermeranno l'intangibilità di alcuni diritti

¹ In tal senso cfr. DI BITONTO, *Esame dibattimentale e garanzie difensive dell'imputato*, in *Cass. pen.*, 2012, 4351.

² V. in particolare sugli accertamenti radiologici, GIALUZ, *Radiologia e accertamenti medici coattivi: il difficile equilibrio tra libertà della persona ed esigenze di prova*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 558.

³ Cfr. GREVI, *Garanzie individuali ed esigenze di difesa sociale nel processo penale*, in *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, Atti del Convegno, Roma – Camera dei deputati, 26-28 giugno 1996, Roma 1997, 256, secondo il quale è innegabile che, in quanto strumento di attuazione della legge penale sostanziale, anche il processo, attraverso il suo esito rappresentato dall'eventuale sentenza di condanna (o comunque, da una sentenza ricognitiva della fondatezza dell'imputazione), concorra ad assolvere una finalità di difesa sociale.

fondamentali dell'individuo quale imprescindibile elemento per l'applicazione della legge penale e per la soddisfazione proprio di quelle esigenze di difesa sociale.

Sullo sfondo verrà a delinearsi, inoltre, una delle questioni tra le più dibattute tanto a livello nazionale quanto sovranazionale: posto che, sempre più spesso e in molti settori dell'ordinamento, i legislatori nazionali ricorrono a meccanismi di collaborazione "forzata" tra i propri cittadini e i soggetti che conducono un'inchiesta, ci si chiede se sia possibile pretendere la partecipazione obbligatoria del conducente all'accertamento dello stato di alterazione psico-fisica oppure tale attività debba essere fatta rientrare nella sfera di tutela del diritto a non autoincriminarsi⁴.

2. LA REGOLAMENTAZIONE DELL'ACCERTAMENTO ALCOLIMETRICO

La completa riscrittura del reato di guida sotto l'influenza dell'alcool di cui all'art. 186 cod. str. – avvenuta con la l. 1 agosto 2003, n. 214 – non ha coinvolto la definizione della fattispecie, ma ne ha significativamente mutato i presupposti e le modalità di accertamento. In particolare, la nuova formulazione consente all'organo di polizia di imporre al conducente accertamenti circa la presenza di alcool nel sangue, anche in assenza di evidenti indici sintomatici caratteristici⁵.

Al fine di uniformare le fasi procedurali e di incrementare il numero delle persone controllate, gli organi di polizia stradale possono sottoporre i conducenti a prove o indagini qualitative non invasive, senza pregiudizio per l'integrità fisica.

Si tratta di accertamenti prodromici ma non necessari, di verifica dello stato di alterazione psico-fisica, finalizzati ad acquisire elementi utili per motivare l'obbligo di sottoposizione del conducente a ulteriori verifiche. Questa «condizione preliminare all'accertamento»⁶ può fondarsi anche su una mera percezione sensoriale degli agenti verbalizzanti di atteggiamenti che appaiono compatibili con un'assunzione oltre limite di sostanze alcoliche.

Ne consegue che questi accertamenti o prove non possono consistere in esami clinici o di laboratorio sul sangue prelevato al conducente, sia pure in presenza di personale medico opportunamente attrezzato con laboratori mobili.

La gamma dei metodi utilizzabili è molto ampia: infatti, è consentito effettuare test comportamentali o utilizzare strumenti di *screening* veloci in grado di rilevare la presenza di alcool senza che ciò si accompagni alla quantificazione del valore.

⁴ V. ZACCHÈ, *Nemo tenetur se detegere vs. obblighi da circolazione stradale di fronte alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2008, 1615 ss., secondo il quale «tali obblighi generano seri dubbi sulla loro compatibilità con le esigenze difensive della persona coinvolta nell'inchiesta».

⁵ Così, "Circolare del Ministero dell'Interno-Dipartimento della pubblica sicurezza n. 300/A/1/42175/109/42" del 29 dicembre 2005, par. 2, www.penale.it.

⁶ In tal senso, POTETTI, *Procedure per l'accertamento dell'ebbrezza (art. 186 cod. str.)*, in *Cass. pen.*, 2008, 3834.

Occorre precisare che, per tali strumenti, diversamente dagli etilometri, non è richiesta omologazione secondo le procedure previste dall'art. 379 del Regolamento di esecuzione e di attuazione del nuovo codice della strada (d.P.R. 16 dicembre 1992, n. 495).

La Circolare del Ministero dell'Interno del 29 dicembre 2005 precisa, infatti, che «l'esito positivo degli accertamenti con apparecchi portatili non costituisce fonte di prova per l'accertamento del reato di guida in stato di ebbrezza, ma rende solo legittimo il successivo accertamento tecnico più accurato mediante etilometro (strumentazione omologata), in grado di certificare, a fini legali, il valore del tasso alcolemico nel sangue».

Il metodo di accertamento vero e proprio, secondo l'art. 379 del Regolamento sopra citato, consiste quindi nell'analisi dell'aria alveolare espirata con la misurazione in essa del tasso di concentrazione di alcool tramite apposito apparecchio denominato "etilometro"⁷: qualora il valore della concentrazione alcolemica corrisponda o superi 0,5 g/l il soggetto è ritenuto in stato di ebbrezza⁸.

La stessa disposizione, peraltro, oltre a indicare le caratteristiche tecniche e le modalità di omologazione degli apparecchi⁹, stabilisce che la concentrazione di alcool deve risultare da almeno due determinazioni concordanti¹⁰ effettuate a un intervallo di tempo di cinque minuti: l'assenza di un "doppio controllo" imporrebbe un potenziamento dell'onere motivazionale¹¹.

Non sfuggirà come le due tipologie di accertamento – l'uno per mezzo di prove o indagini preliminari, l'altro con etilometro – assumano un diverso valore sostanziale: il problema della

⁷ L'etilometro è predisposto per applicare un fattore di conversione medio tra la concentrazione dell'alcool etilico nell'aria espirata e la corrispondente concentrazione ematica. La medicina legale e la tossicologia forense insegnano che questo fattore di conversione, in realtà, è assai variabile da individuo a individuo, tanto da far sollevare, in dottrina, dubbi sulla sua validità scientifica e sull'attendibilità dei risultati. Per un approfondimento, cfr. MORELLI, *La guida in stato di ebbrezza alla luce della recente evoluzione normativa e giurisprudenziale* (nota a Cass., sez. IV, 15 maggio 2008, n. 19486), www.penale.it.

⁸ Cass., sez. IV, 22 luglio 2013, n. 31299, in *Riv. giur. circ. trasp.*, 2013, n. 5 (edizione on-line) consolida l'orientamento secondo il quale «l'esito positivo dell'alcoltest costituisce prova della sussistenza dello stato di ebbrezza; è onere dell'imputato fornire la prova contraria dimostrando vizi od errori di strumentazione o di metodo nell'esecuzione dell'aspirazione, non essendo al contrario sufficiente la mera allegazione della sussistenza di difetti o della mancata omologazione dell'apparecchio».

⁹ Per un approfondimento sulle caratteristiche tecniche, sulle regole di utilizzo e sulle diverse tipologie di etilometro, v. *amplius* TRAMONTANO, *Guida in stato di ebbrezza: accertamento del reato, sanzioni e cause estintive*, Milano, 2010, 52 ss.

¹⁰ DE FEO – MARCHESIello, *Codice della strada: illeciti amministrativi, procedure sanzionatorie e mezzi di impugnazione*, Rimini, 2001, 414-415 sottolineano il problema che nasce dall'interpretazione del termine "concordanti" utilizzato dall'art. 379 del Regolamento. Essi ritengono che «ove lo scostamento tra le due misurazioni sia "contenuto" l'accertamento sarà valido; così non accadrà, invece, nell'ipotesi di scollamento rilevante, a meno che lo stesso non trovi giustificazione – che andrà indicata e, se del caso, provata – in circostanze particolari».

¹¹ In tal senso, Cass., sez. IV, 12 luglio 2012, n. 27940, in *CED Cass.*, n. 253598, ha ritenuto corretto ricondurre il fatto all'ipotesi più grave prevista dall'art. 186 cod. str. tenendo conto dell'esito di una sola misurazione alcolimetrica, dell'impossibilità di effettuare prove ulteriori e dell'evidenza dei sintomi rilevati dai verbalizzanti. V. anche Cass., sez. IV, 23 aprile 2013, n. 18375, *inedita*.

validità a fini probatori di strumenti portatili diversi dall'etilometro è stato, peraltro, oggetto di una non lontana pronuncia della Cassazione. I Supremi Giudici hanno riconosciuto, pur se con un ridimensionamento del loro valore probatorio, che gli accertamenti qualitativi non invasivi effettuati mediante apparecchiatura portatile, rimangono comunque produttivi di taluni effetti penali: non a caso l'eventuale illegittimo rifiuto opposto dal conducente a sottoporsi a tale controllo continua a comportare conseguenze sia amministrative, che penali¹².

Quando ricorrono le condizioni dell'esito positivo dei predetti controlli qualitativi preliminari o in ogni caso d'incidente stradale ovvero quando si abbia altrimenti motivo di ritenere che il conducente si trovi in stato di alterazione psico-fisica derivante dall'influenza dell'alcool, gli organi di polizia stradale hanno la facoltà di compiere direttamente sul posto l'accertamento con gli strumenti e le procedure indicati dal Regolamento, oppure, se questi non sono disponibili e non possono essere fatte giungere sul luogo unità attrezzate, possono disporre l'accompagnamento del conducente presso il più vicino ufficio o comando¹³.

Il riconosciuto potere di accertamento dell'organo di polizia non configura – anche per espressa puntualizzazione del Ministero dell'Interno – una misura restrittiva della libertà personale, poiché la norma non consente di disporre l'accompagnamento coattivo della persona che rifiuti l'esame: in quest'ultima ipotesi rimangono applicabili a carico del conducente le sanzioni previste per il rifiuto di cui al comma 7 dell'art. 186 cod. str.¹⁴.

Per completare il quadro delle modalità di accertamento, il comma 5 dell'art. 186 cod. str. stabilisce che, per i conducenti coinvolti in incidenti stradali e sottoposti alle cure mediche, l'accertamento del tasso alcolemico sia effettuato, su richiesta della polizia stradale, dalle previste strutture sanitarie che ne rilasciano la certificazione. Copia di quest'ultima deve essere

¹² Cass., sez. IV, 26 febbraio 2009, n. 8805, in *CED Cass.*, n. 243452. Il comma 7 dell'art. 186 cod. str. dispone che «in caso di rifiuto dell'accertamento di cui ai commi 3, 4 e 5» – quindi anche con riferimento all'accertamento per mezzo di apparecchi portatili diversi dall'etilometro – «il conducente è punito con le pene di cui al comma 2, lett. c) dell'art. 186 cod. str.».

¹³ Non sempre l'attività di accertamento ordinario dell'ebbrezza presuppone indizi di reato in senso tecnico; cfr. "Circolare del Ministero dell'Interno" del 29 dicembre 2005, par. 2.4, cit. in cui si precisa che «in caso di incidente stradale, indipendentemente dalle conseguenze sulle persone, l'art. 186, comma 4 cod. str. consente agli organi di polizia stradale di procedere ad accertamento [...] nei riguardi di tutti i conducenti coinvolti, anche se non manifestano sintomi caratteristici dello stato di ebbrezza. Tale facoltà non comporta l'obbligo di sottoporre a controllo con etilometro tali soggetti, ma si limita a definire il potere di accertamento dell'organo di polizia [...]».

¹⁴ Anche la Cassazione, del resto, ha sancito che l'eventuale utilizzo da parte della polizia stradale dell'apposita strumentazione, non invasiva della sfera di integrità fisica e di autodeterminazione del soggetto, non può suscitare dubbi di legittimità costituzionale in rapporto agli artt. 13 e 32 Cost. in quanto con essa non si attua un trattamento sanitario ma un controllo sulla persona consentito dall'art. 354, comma 3, c.p.p.; in tal senso, *ex multis* Cass., sez. un., 5 febbraio 1996, n. 1299, in *Foro it.*, II, 1996, c. 641 ss. Sulla natura dell'accompagnamento suddetto cfr. C. cost., 12 giugno 1996, n. 194, in *Giur. cost.*, 1996, 1767 ss.

tempestivamente trasmessa, a cura dell'organo di polizia che ha proceduto agli accertamenti, al Prefetto del luogo della commessa violazione per gli eventuali provvedimenti di competenza.

La richiesta concerne, quindi, la sottoposizione del conducente a un accertamento medico finalizzato a certificare lo stato di ebbrezza alcolica e configura un'attività di polizia giudiziaria svolta ai sensi dell'art. 354 c.p.p.

Quest'attività può svolgersi, in primo luogo, con l'ausilio di un etilometro oppure con le metodologie cliniche e analitiche in uso nella struttura sanitaria; in secondo luogo, può fondarsi sull'esame dei liquidi biologici e del sangue ai fini della determinazione del tasso alcolemico.

3. IL PRELIEVO EMATICO E IL *REVIREMENT* DELLA CASSAZIONE

Merita osservare il progressivo consolidamento dell'orientamento secondo il quale, il test in grado di quantificare la concentrazione di alcool nel sangue, in quanto potenziale accertamento di reato, imponga il rispetto di tutte le garanzie difensive previste dal codice di procedura penale¹⁵.

In materia di accertamenti corporali pronunce della Corte costituzionale e della giurisprudenza di legittimità hanno offerto spunti di riflessione di particolare interesse: è noto, infatti, che sul piano dell'elaborazione giurisprudenziale si assiste a una graduale specificazione delle concettualizzazioni operate dalla Consulta sul tema della coercibilità del prelievo ematico¹⁶.

La giurisprudenza costituzionale – nonostante una rilevata alternanza di opinioni¹⁷ – con una pronuncia che ha fornito le linee direttrici della successiva riforma peritale, si è definitivamente orientata sulla natura incoercibile del prelievo ematico. In questo modo il Giudice delle leggi, da un lato, ha confermato l'intangibilità dei valori dell'integrità fisica e psichica, della salute, della dignità e, dall'altro, ha specificato la necessità di individuare una dettagliata regolamentazione¹⁸.

¹⁵ In tal senso, FROLDI, *Lezioni di tossicologia forense*, 5ª ed., Torino, 2011, 116.

¹⁶ Per un approfondimento, v. *amplius* FELICIONI, *Accertamenti sulla persona e processo penale: il prelievo di materiale biologico*, Milano, 2007, 6 ss.

¹⁷ La Consulta nel 1986 salvò dalla censura d'incostituzionalità alcune norme del previgente codice di procedura penale in tema di perizia, ritenendo rispettata la duplice garanzia della riserva di legge e di giurisdizione di cui all'art. 13 Cost. Più precisamente, si era considerata legittima l'esecuzione coattiva del prelievo ematico disposta dal giudice, attraverso la perizia medico-legale, per ragioni concernenti l'accertamento penale. In tal senso, C. cost., 24 marzo 1986, n. 54, in *Giur. cost.*, 1986, 387 ss.

¹⁸ Cfr. C. cost., 27 giugno 1996, n. 238, in *Giur. cost.*, 1996, 2142 ss. con note di NAPPI, *Sull'esecuzione coattiva della perizia ematologica* e di RUOTOLO, *Il prelievo ematico tra esigenza probatoria di accertamento del reato e garanzia costituzionale della libertà personale. Note a margine di un mancato bilanciamento tra valori*. Più precisamente, la Consulta ha ritenuto che il prelievo ematico, considerato accertamento di tipo invasivo, comporti certamente una restrizione della libertà personale quando se ne renda necessaria l'esecuzione coattiva perché la persona sottoposta all'esame peritale non acconsente spontaneamente al prelievo. Tale restrizione – afferma la Corte – «è tanto più allarmante in quanto non solo interessa la sfera della libertà personale, ma la travalica perché, seppur in minima misura, invade la sfera corporale della persona e di quella sfera sottrae, per fini di acquisizione probatoria nel processo penale, una parte che è insignificante ma non certo nulla».

La tanto attesa riforma, introdotta con la l. 30 giugno 2009, n. 85, ha avuto il merito, attraverso l'introduzione di una più specifica disciplina in materia di perizie e di accertamenti coattivi, di colmare un vuoto normativo non privo di implicazioni pratiche¹⁹.

Invero, la stessa Corte Costituzionale nel momento in cui censurava l'allora genericità della disciplina peritale segnalava come nel contesto del nuovo codice della strada, il legislatore avesse operato, invece, un soddisfacente bilanciamento tra l'esigenza probatoria di accertamento del reato e la garanzia costituzionale della libertà personale. Il Codice della strada si pone, infatti, come modello normativo, giacché descrive presupposti e modalità tecniche di svolgimento degli accertamenti relativi allo stato di alterazione psico-fisica. Per citare la Corte si tratta di una «disciplina specifica (e settoriale) dell'accertamento [...] della concentrazione di alcool nell'aria alveolare espirata e del prelievo di campioni di liquidi biologici, (prevedendo bensì in entrambi i casi la possibilità del rifiuto dell'accertamento, ma con la comminatoria di una sanzione penale per tale indisponibilità del conducente ad offrirsi e cooperare all'acquisizione probatoria)»²⁰.

Si è rilevato come tra le modalità di accertamento dello stato di ebbrezza alcolica, alternative all'analisi dell'aria alveolare espirata, si collochi il risultato di analisi eseguite a seguito di prelievo di materiale biologico. La Quarta Sezione penale della Cassazione si è più volte confrontata con la questione dell'inutilizzabilità probatoria dell'esito di esami clinici condotti sul conducente²¹.

Il consolidato orientamento dei giudici di legittimità individua nei risultati del prelievo ematico, effettuato nell'ambito di un protocollo medico di pronto soccorso e necessario a fini sanitari e diagnostici, «elementi di prova acquisiti attraverso documentazione medica utilizzabile in sede processuale senza che rilevi il mancato consenso dell'interessato». Al contrario, il prelievo effettuato in assenza di consenso e fuori dall'ambito di terapie sanitarie risulta inutilizzabile *ex art.* 191 c.p.p. per violazione del principio costituzionale che tutela l'inviolabilità della persona di cui all'art. 13 Cost.²².

¹⁹ Per un approfondimento sui profili critici della riforma cfr. CAMON, *La disciplina delle indagini genetiche*, in *Cass. pen.*, 2014, 1426, il quale ne parla come di un «congegno costruito piuttosto male»; GIALUZ, *Radiologia e accertamenti medici coattivi*, cit., 571 ss., secondo il quale «l'intervento legislativo risulta tecnicamente più che maldestro».

²⁰ Così C. cost., 27 giugno 1996, n. 238, cit., la quale puntualizza, inoltre, che l'illegittimità costituzionale di predetta disciplina è stata esclusa dalla stessa Corte (C. cost., 12 giugno 1996, n. 194, in *Giur. cost.*, 1996, 1767 ss.).

²¹ Recentemente cfr. Cass., sez. IV, 3 giugno 2014, n. 22979, *inedita*; Cass., sez. IV, 12 maggio 2014, n. 19491, *inedita*; Cass., sez. IV, 9 maggio 2014, n. 19278, *inedita*; Cass., sez. IV, 4 aprile 2013, n. 15708, *inedita*; Cass., sez. IV, 11 febbraio 2013, n. 6755, in *CED Cass.*, n. 254931.

²² In tal senso, Cass., sez. IV, 18 ottobre 2007, n. 38537, in *CED Cass.*, n. 237780. Cfr. *ex pluribus*, Cass., sez., IV, 5 luglio 2012, n. 26108, *CED Cass.*, n. 253596; Cass., sez. IV, 6 marzo 2009, n. 10286, *ivi*, n. 242769. Per l'utilizzabilità *ex art.* 234 c.p.p. del referto medico relativo al ricovero in ospedale a seguito di indicente stradale v. Cass., sez. IV, 1 marzo 2012, n. 8041, in *CED Cass.*, n. 252031; Cass., sez. IV, 15

Attenta dottrina rileva, tuttavia, che questo orientamento è stato recentemente colpito da un *revirement*²³. La Suprema Corte ha affermato, infatti, che in presenza di due presupposti, da un lato, il coinvolgimento del conducente in un sinistro stradale; dall'altro, la sua sottoposizione a cure mediche da parte della struttura sanitaria, l'accertamento del tasso alcolemico richiesto da organi della polizia giudiziaria, è utilizzabile ai fini dell'affermazione di responsabilità dell'interessato, indipendentemente dal consenso che costui abbia o meno prestato all'effettuazione del prelievo ematico²⁴.

Lo schema argomentativo ha riproposto la distinzione tra prelievi compiuti "a fini terapeutici" e prelievi compiuti "a fini di accertamento penale".

Nel primo caso, è rimessa ai sanitari la valutazione se si debba o meno sottoporre l'interessato a prelievo ematico, onde predisporre adeguate cure farmacologiche. A fronte di un prelievo già effettuato per tali fini, gli organi di polizia giudiziaria sono legittimati a richiedere la verifica del tasso alcolico, i cui risultati possono essere utilizzati a fini penali indipendentemente dal consenso prestato dal conducente. Peraltro, in questo caso – secondo il Collegio – poiché l'acquisizione del risultato dell'accertamento ematico è previsto *ex lege*, non è neppure necessario che l'interessato sia avvertito della facoltà di nominare un difensore²⁵.

Nel secondo caso, ove i sanitari abbiano ritenuto di non sottoporre il conducente a cure mediche e a prelievo ematico, quest'ultimo può essere comunque richiesto dagli organi di polizia giudiziaria a fini penali.

È proprio con specifico riferimento a tale seconda ipotesi che la Cassazione cambia rotta. Posto che esiste una netta distinzione tra "dissenso espresso" e "mancato consenso" dell'interessato, «l'inutilizzabilità dei risultati è sanzione processuale che riguarda la sola eventualità in cui il prelievo sia stato eseguito nonostante un esplicito rifiuto del soggetto, e non anche il caso in cui la

gennaio 2010, n. 1827, *ivi*, n. 245997; Cass., sez. IV, 28 gennaio 2009, n. 4118, *ivi*, n. 242834; Cass., sez. IV, 29 settembre 2006, n. 32300, *ivi*, n. 235183.

²³ V. STRAMAGLIA, *Revirement della Cassazione sulla legittimità dei prelievi ematici per l'accertamento del tasso alcolemico: non serve il consenso, basta che manchi il dissenso* (commento a Cass., sez. IV, 11 febbraio 2013, n. 6755), in *Dir. pen. cont.*, 26 febbraio 2013.

²⁴ Cass., sez. IV, 11 febbraio 2013, n. 6755, cit. Nel senso che il prelievo ematico, eseguito nell'ambito di ordinari protocolli medici al di fuori dell'emersione di figure di reato e di attività propedeutiche al loro accertamento, non costituisce atto di indagine di polizia giudiziaria *ex art.* 356 c.p.p., Cass., sez. IV, 6 settembre 2012, n. 34145, in *CED Cass.*, n. 253746.

²⁵ Di questo avviso anche Cass., sez. IV, 29 maggio 2014, n. 22271, *inedita*. La natura intermedia della nullità per mancato avviso all'indagato di farsi assistere da un difensore concerne il test alcolimetrico, mentre nel caso di prelievo di liquidi biologici per l'accertamento della presenza nel sangue di etanolo, alcun avviso deve essere dato quando si tratti di esami già disposti presumibilmente dal pronto soccorso in occasione del ricovero dell'indagato per le lesioni subite.

persona, previamente informata delle finalità penali per cui è effettuato il prelievo, abbia tenuto un atteggiamento positivo, sebbene verbalmente non espresso»²⁶.

In quest'ultima ipotesi sembra, quindi, che la Quarta Sezione affermi l'esistenza di un mero obbligo di informare l'interessato delle reali finalità (penali e non mediche) cui è preordinato il prelievo, senza l'ulteriore esigenza di accertarne il consenso espresso; resta salvo l'obbligo di arrestarsi in presenza di un'iniziativa di esplicito dissenso manifestato dal soggetto.

A fondamento di tali conclusioni, la Corte richiama il tenore letterale dell'art. 186, comma 7, cod. str., «laddove il legislatore ha specificamente utilizzato il termine "rifiuto" da parte del conducente, con riferimento all'accertamento del tasso alcolemico», sicché l'opposizione dell'interessato all'esecuzione del prelievo acquisirebbe rilevanza soltanto ove si concretizzasse in un "dissenso espresso", e non anche nel caso di "mancato consenso"²⁷.

Una tale soluzione risulta evidentemente preordinata alla conservazione e all'utilizzabilità dell'attività probatoria e ciò anche in considerazione del grave allarme sociale generato dalla diffusione di condotte particolarmente lesive dell'incolumità personale.

Le motivazioni adottate dalla Cassazione sollevano tuttavia alcuni profili di criticità.

Alcuni autori osservano che il dissenso manifestato espressamente individua un requisito privo di rilevanza sul piano processuale, ambito nel quale operano, invece, le nuove norme in materia di prelievi e accertamenti medici coattivi introdotte dalla l. 30 giugno 2009, n. 85²⁸. Più precisamente, quando non vi è il consenso dell'interessato, ogni tipo di prelievo biologico o di accertamento medico deve seguire la nuova disciplina stabilita negli artt. 224-bis e 359-bis c.p.p. (cui si rinvia), a pena di nullità delle operazioni e di inutilizzabilità dei risultati acquisiti.

Poiché la legge subordina l'applicabilità della nuova disciplina all'esistenza di un procedimento per delitto non colposo, consumato o tentato, punito con l'ergastolo o la reclusione superiore nel massimo a tre anni – requisito evidentemente non soddisfatto nell'ipotesi in cui si proceda per il reato contravvenzionale di cui all'art. 186 cod. str. – nei procedimenti per il reato di guida in stato di ebbrezza, ove manchi il consenso dell'interessato, non vi sarebbe spazio neppure per un prelievo coattivo su autorizzazione del giudice.

Nel contesto in esame, quindi, la legittimità del prelievo ematico, e conseguente utilizzabilità in sede processuale del relativo accertamento, presuppone in ogni caso la verifica del consenso. Pare preferibile ritenere, infatti, che sugli organi di polizia incomba sempre l'obbligo, sia di informare l'interessato delle finalità penali dell'accertamento, sia di accertare la presenza o meno

²⁶ Così, STRAMAGLIA, *Revirement della Cassazione*, cit.

²⁷ Cfr. in tal senso, Cass., sez. IV, 11 febbraio 2013, n. 6755, cit.

²⁸ Per approfondimenti sulle novità legislative introdotte dalla l. 30 giugno 2009, n. 85, v. MARAFIOTI – LUPÀRIA (a cura di), *Banca dati del DNA e accertamento penale*, Milano, 2010.

del suo consenso. Quest'ultimo dovrà essere documentato per mezzo di processo verbale redatto nelle forme ordinarie²⁹.

4. LA PROVA DELLO STATO DI EBBREZZA NELL'ELABORAZIONE GIURISPRUDENZIALE

Il Regolamento di esecuzione e di attuazione del nuovo codice della strada dispone che «nel procedere agli accertamenti, ovvero qualora si provveda a documentare il rifiuto opposto dall'interessato, i verbalizzanti devono in ogni caso indicare nella notizia di reato ai sensi dell'art. 347 c.p.p. le circostanze sintomatiche dell'esistenza dello stato di ebbrezza, desumibili in particolare dallo stato del soggetto e dalla condotta di guida»³⁰.

Deve darsi atto che recenti pronunce della giurisprudenza hanno riportato l'attenzione sull'effettivo valore probatorio degli "elementi sintomatici" del conducente.

È noto che il tema dell'accertamento dello stato di ebbrezza ha sempre rappresentato un nodo centrale ai fini della configurabilità della contravvenzione di cui all'art. 186 cod. str. nelle sue varie formulazioni: la problematica concerne non soltanto l'ipotesi in cui vi sia stato un rifiuto da parte del conducente di sottoporsi ad accertamenti, ma più in generale tutti i casi in cui non si sia potuto procedere a questi ultimi.

Nella giurisprudenza di legittimità si è delineato il principio secondo il quale «lo stato di ebbrezza o di ubriachezza alcolica del conducente può essere accertato e provato con qualsiasi mezzo e non necessariamente né unicamente, attraverso la strumentazione e le procedure indicate nell'art. 379 del Regolamento» citato³¹.

In forza del canone del libero convincimento, per un verso, si riconosce al giudice di merito la possibilità di desumere lo stato di alterazione psico-fisica da qualsiasi elemento sintomatico tra cui l'alito vinoso, l'equilibrio o l'eloquio sconnesso, l'andatura barcollante, le modalità di guida e così via³²; per altro verso, si concede il potere di disattendere l'esito fornito dall'etilometro, ancorché

²⁹ V. STRAMAGLIA, *Revirement della Cassazione*, cit. La necessità di tale documentazione deriva dalla considerazione che lo stato di alterazione psico-fisica per uso di sostanze alcoliche è traccia di reato soggetta a modificazione irreversibile. L'accertamento del tasso alcolemico rientra, dunque, a pieno titolo nella categoria degli "accertamenti urgenti e indifferibili sulle persone" (art. 354 c.p.p.), per la quale l'art. 357, comma 2, lett. e) c.p.p. prevede espressamente l'obbligo di redigere verbale. Cass., sez. IV, 10 marzo 2014, n. 11530, *inedita*, afferma che nell'ipotesi in cui il conducente sia al contempo coinvolto in un indidente stradale e sottoposto alle cure mediche e venga, quindi, seguita la procedura di cui al comma 5 dell'art. 186 cod. str., non è previsto che i verbalizzanti indichino nella notizia di reato le circostanze sintomatiche dell'esistenza dello stato di ebbrezza, come previsto dal Regolamento.

³⁰ Cfr. Art. 379, comma 3 del d.P.R. 16 dicembre 1992, n. 495.

³¹ Così, Cass., sez. un., 5 febbraio 1996, n. 1299, cit.

³² Cass., sez. IV, 14 giugno 2006, n. 20236, in *Arch. giur. circ.*, 2007, 3, 275: «la percezione, da parte del testimone, di un alito fortemente alcolico emanato dal conducente non costituisce [...] un mero apprezzamento soggettivo o un giudizio, bensì un fatto oggettivo, percepito dal teste *ex propriis sensibus*

risultante da due determinazioni concordanti del tasso alcolemico ed effettuate a intervallo di cinque minuti, sempre che del suo convincimento fornisca una motivazione logica ed esauriente³³.

Questi principi, peraltro, non possono estendersi fino a ritenere che qualunque manifestazione riconducibile all'uso di bevande alcoliche integri la fattispecie incriminatrice³⁴: si precisa che «in difetto dell'esame alcolimetrico, per poter ritenere provato lo stato di ebbrezza penalmente rilevante, occorre che gli elementi sintomatici di tale stato siano significativi, al di là di ogni ragionevole dubbio, di un'assunzione di bevande alcoliche in quantità tale che si possa affermare il superamento della soglia prevista dalla legge, non bastando al riguardo l'esistenza di elementi sintomatici di significato ambiguo»³⁵.

In altri termini, gli elementi sintomatici devono essere gravi, precisi e concordanti, caratteristiche queste assenti quando i verbalizzanti si siano limitati a riferire che il conducente presentava occhi lucidi e alito vinoso³⁶.

Rispetto a questo consolidato orientamento, la giurisprudenza di merito ha cominciato a manifestare qualche perplessità quando si è dovuta pronunciare dopo le modifiche apportate in materia dal d.l. 3 agosto 2007, n. 117: la nuova formulazione dell'art. 186 cod. str. utilizza, infatti, per tutte e tre le fattispecie l'espressione «qualora sia stato accertato un valore corrispondente ad un tasso alcolemico superiore [...]» alle soglie previste.

Secondo l'interpretazione subito proposta tra i difensori, ma anche presso qualche ufficio giudiziario, lo stato di ebbrezza obbliga a un accertamento con i mezzi previsti dal codice della strada (etilometro o esame del sangue). In difetto si dovrebbe assolvere per carenza di prova

(per mezzo dell'olfatto), utilizzabile al fine di prova ed avente valenza non difforme da quella riconoscibile alla percezione *de visu* di una determinata circostanza».

³³ Cfr. POTETTI, *Questioni in tema di nuovo art. 186 cod. str.* (nota a Cass., sez. IV, 30 gennaio 2008, n. 8616), in *Cass. pen.*, 2008, 3816 ss. il quale puntualizza che «dalla natura non vincolante dell'accertamento mediante etilometro deriva quindi che il giudice può liberamente apprezzare le relative misurazioni, anche quando siano a cavallo di una delle soglie previste dal comma 2 dell'art. 186 cod. str. Ne consegue che il giudice, con motivazione esauriente e logica, potrà ritenere integrato il reato anche se una sola delle due misurazioni superi uno dei valori previsti»; cfr. Cass., sez. IV, 26 gennaio 2010, n. 3346, in *CED Cass.*, n. 246390.

³⁴ FELICI, *Il test alcolimetro tra il soggettivismo giudiziale e le suggestive scelte di politica criminale del legislatore*, in *Giur. mer.*, 2008, 780 sottolinea che il sistema non vieta indiscriminatamente a chi abbia fatto uso di sostanze alcoliche di porsi alla guida di un veicolo, ma prevede una soglia di assunzione oltre la quale scatta il divieto in questione.

³⁵ Così, Cass., sez. IV, 12 ottobre 2005, n. 36922, in *Guida dir.*, 2005, 45, 57.

³⁶ Trib. Milano, 15 maggio 2013, n. 1619, *inedita*. In assenza dei risultati forniti dall'alcoltest, gli indici sintomatici dello stato di alterazione riportati nel verbale non costituiscono, il più delle volte, elemento sufficiente per ritenere sussistente la penale responsabilità del conducente; stante la loro genericità, elementi quali "occhi lucidi e alito vinoso", non consentono di affermare che il conducente presenti una concentrazione alcolica superiore al limite di legge. Analogamente Cass., sez. IV, 23 aprile 2013, n. 18375, cit.

sull'elemento materiale del reato³⁷, giungendo persino a ipotizzare, ove si consideri l'accertamento tecnico come un elemento costitutivo del reato, una sorta di parziale *abolitio criminis* per tutti i casi in cui l'accertamento con i mezzi previsti non sia stato compiuto³⁸.

Preso atto che tra i giudici del merito si sono registrate opinioni discordanti³⁹, la giurisprudenza di legittimità ha confermato il precedente consolidato orientamento: una volta riscontrato per indici sintomatici lo stato di ebbrezza e la conseguente sussistenza del reato, ove non sia possibile accertare il tasso alcolemico con ausilio di etilometro o di altro apparecchio di misurazione scientifica, la questione investe solo il trattamento sanzionatorio, che per il principio del *favor rei* dovrà essere quello più favorevole⁴⁰.

Merita osservare che la Cassazione fa un ulteriore passo avanti⁴¹: è possibile configurare il reato di guida in stato di ebbrezza solo da elementi sintomatici e pur in mancanza dell'accertamento strumentale, anche con riguardo alle ipotesi di reato caratterizzate da più alti livelli alcolimetrici, purché la decisione risulti da congrua motivazione⁴².

Ai fini di una pronuncia di condanna è necessario, quindi, che dagli elementi sintomatici emergano circostanze idonee a dimostrare che lo stato di ebbrezza sia tale da far rientrare la condotta di guida nell'ambito applicativo delle ipotesi di rilevanza penale di cui alle lettere *b)* e *c)* dell'art. 186 cod. str. Deve ravvisarsi l'ipotesi più lieve, priva di rilievo penale⁴³, quando gli elementi sintomatici descritti dai verbalizzanti non siano in grado di ricondurre la condotta del conducente oltre ogni ragionevole dubbio nell'ambito di una delle due fattispecie appena menzionate: il giudice, in questo caso, è tenuto ad assolvere l'imputato perché il fatto non è previsto dalla legge come reato⁴⁴.

³⁷ In tal senso, MORELLI, *La guida in stato di ebbrezza alla luce della recente evoluzione normativa e giurisprudenziale*, cit.

³⁸ Cfr. DIES, *La nuova disciplina della guida in stato di ebbrezza. Problemi interpretativi e di accertamento in concreto*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 969 ss.

³⁹ Per la non punibilità pur in presenza di elementi sintomatici dello stato di alterazione, v. Trib. La Spezia, 11 dicembre 2007, in *Giur. mer.*, 2008, 815; *contra*, Trib. Trento, 13 novembre 2007, in *Giur. mer.*, 2008, 1393 ss.

⁴⁰ In tal senso, v. Cass., sez. IV, 25 settembre 2009, n. 37841, www.guidastatodiebbrezza.it; Cass., sez. IV, 20 marzo 2008, n. 15756, in *Guida dir.*, 2008, 20, 70.

⁴¹ Cass., sez. IV, 27 maggio 2013, n. 22644, in *Dir. giust.*, 27 maggio 2013. Nel caso di specie l'alcoltest non aveva avuto esito a causa delle condizioni psicofisiche del conducente, tali da non permettergli di soffiare la quantità minima necessaria per la rilevazione. La responsabilità del reato in questione era stata ritenuta, pertanto, in ragione della manifestazione da parte del conducente di indici sintomatici inequivocabili dello stato di ebbrezza.

⁴² In tal senso, cfr. Cass., sez. IV, 12 luglio 2012, n. 27940, cit.

⁴³ La l. 29 luglio 2010, n. 120 ha depenalizzato la fattispecie di cui alla lett. *a)* dell'art. 186 cod. str.: l'ipotesi di guida con tasso alcolemico accertato compreso tra 0,5 e 0,8 g/l costituisce mero illecito amministrativo.

⁴⁴ Cfr. Cass., sez. IV, 22 agosto 2013, n. 35402, *inedita*; in senso analogo Cass., sez. IV, 21 agosto 2013, n. 35303, in *Guida dir.*, 2013, 41, 85.

5. OBBLIGO DI SOTTOPORSI AD ALCOLTEST E PRIVILEGIO CONTRO LE AUTOINCRIMINAZIONI

L'ordinamento italiano pare non aver approfondito il profilo della compatibilità tra il reato di rifiuto agli accertamenti di cui agli artt. 186, comma 7 e 187, comma 8 cod. str. e il privilegio contro le autoincriminazioni, sintetizzato nella massima giuridica *nemo tenetur se detegere*: una questione su cui ormai da tempo ci s'interroga attiene alla possibilità o meno per il reato in esame di convivere con quello che oggi viene concepito come un «corollario essenziale dell'inviolabilità del diritto di difesa»⁴⁵.

Si evidenzia la natura ambivalente di tale principio: da un lato, la tesi interpretativa che vorrebbe il privilegio circoscritto al mero diritto al silenzio⁴⁶; dall'altro, quella che lo descrive come un più generale diritto di «resistenza passiva» dell'imputato all'accertamento da parte dell'autorità giudiziaria⁴⁷.

Taluni autori individuano almeno due argomenti a favore della seconda tesi: il primo è costituito dal rilievo per cui l'art. 24 Cost., dal quale si ricava detto principio, non conosce limiti espressi; il secondo motivo parte dal presupposto che se si ritenesse il privilegio contro le autoincriminazioni circoscritto al mero diritto al silenzio verrebbe amputata almeno una delle tre espressioni del principio solitamente riconosciute nella letteratura⁴⁸.

Vero fulcro della questione è capire se il diritto a rifiutarsi di produrre elementi *contra se* goda di cittadinanza anche nell'ambito delle prove non dichiarative. L'interrogativo fonda la sua ragion d'essere proprio perché la prova etilometrica, come anche lo *screening* tossicologico sulle urine, richiede un sia pur minimo comportamento “attivo” del conducente, tenuto a collaborare alla

⁴⁵ Così, C. cost., 26 giugno 2002, n. 291, in *Giur. cost.*, 2002, 2106. In termini generali, v. PALADIN, *Autoincriminazioni e diritto di difesa*, in *Giur. cost.*, 1965, 312; GREVI, *Nemo tenetur se detegere. Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Milano, 1972, 46; AMODIO, *Diritto al silenzio o dovere di collaborazione?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974, 412; PATANE', *Il diritto al silenzio dell'imputato*, Torino, 2006, 81 ss. Sul punto, tra gli altri, cfr. BUTTARELLI, *Le nuove modalità di accertamento del reato di guida in stato di ebbrezza tra prove legali e diritto di difesa*, in *Cass. pen.*, 1990, 2240; ZORZI GIUSTINIANI, *Droga ed alcool nella circolazione stradale. Aspetti di diritto costituzionale*, in *Giur. it.*, IV, 1992, c. 471 e, con particolare riferimento al caso di rifiuto di sottoporsi agli accertamenti clinici, SCIPPA, *Le problematiche di accertamento sanitario a fini di prova negli artt. 186 e 187 cod. str. (II parte)*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 1361; GIALUZ, *Radiologia e accertamenti medici coattivi*, cit., 558 ss.

⁴⁶ Cfr., per tutti, BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 296 ss.

⁴⁷ SCAPARONE, *Elementi di procedura penale. I principi costituzionali*, Milano, 1999, 123 intende per “resistenza passiva” il «diritto [...] a non collaborare al processo», ossia «a non fornire prove contro se» stesso. Analogamente, tra gli altri, FERRUA, *Sulla legittimità della ricognizione compiuta contro la volontà dell'imputato*, in *Cass. pen.*, 1990, 653 secondo il quale il diritto a non cooperare con l'autorità «non riguarda atti quali ispezioni, o per l'appunto ricognizioni, dove l'imputato non interviene come soggetto agente o parlante, ma come corpo, come oggetto di un accertamento disciplinato dalle norme processuali»; UBERTIS, *Attività investigativa e prelievo di campioni biologici*, in *Cass. pen.*, 2008, 9 ss.

⁴⁸ Cfr. MONACO, *L'accertamento dei reati di guida in stato di ebbrezza e alterazione da droghe*, Tesi di Dottorato, Università di Bologna, 2012, 61 (consultabile on-line). Sulla tripartizione del principio, v. PATANE', *Il diritto al silenzio dell'imputato*, cit., 2 ss.

formazione di una prova comunque utilizzabile contro di lui⁴⁹; tuttavia, a differenza della maggior parte degli atti nei quali l'imputato riveste il ruolo di "organo di prova"⁵⁰, in questo caso il suo apporto non comporta alcun coinvolgimento della sfera conoscitiva: gli si richiede un mero *facere*.

Esiste un nesso indissolubile tra evoluzione del processo, da un lato, ed evoluzione della concezione dell'imputato, dall'altro: a fronte degli sviluppi scientifici e tecnologici appare evidente la «crescente importanza dell'imputato quale "oggetto di prova"»⁵¹. Questa "nuova" situazione giuridica soggettiva ha condotto taluni autori a suggerire che il diritto a non collaborare concretizzi la facoltà di non effettuare neppure i movimenti corporei necessari a fornire la prova nel processo penale⁵².

La giurisprudenza, invece, rifiuta di riconoscere una simile estensione: resta ferma, in ogni caso, la considerazione che la facoltà di non cooperare con l'autorità nell'ambito di atti in cui l'imputato rivesta il ruolo di "organo di prova" non conosce confini netti⁵³.

L'assenza di una netta definizione del principio in parola, in grado quindi di includere o meno gli atti non dichiarativi nel suo ambito di tutela, fa sì che le sue applicazioni pratiche ad opera della giurisprudenza di merito e di legittimità siano le più varie⁵⁴.

La pretesa illegittimità della disposizione che sanziona il rifiuto di collaborare agli accertamenti, per violazione del diritto di difesa, è questione nota ai giudici di legittimità: il Supremo Collegio ha evitato, tuttavia, di prendere posizione circa l'ascrivibilità o meno di un *facere* – quale può essere la collaborazione all'alcoltest – nel novero degli atti coperti dal *nemo tenetur se detegere*⁵⁵.

⁴⁹ BUTTARELLI, *Le nuove modalità di accertamento*, cit., 2240.

⁵⁰ Si pensi, ad esempio, a istituti quali l'interrogatorio, la ricognizione, l'esame dibattimentale e a tutti gli atti *lato sensu* probatori consistenti nel rendere dichiarazioni inerenti al fatto da accertare, in cui il diritto in esame concretizza la facoltà di tacere avanti all'autorità giudiziaria per non autoincriminarsi.

⁵¹ GIALUZ, *Commento all'art. 24 Cost.*, in *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di Bartole-Bin, Padova, 2008, 234.

⁵² Cfr. tra gli altri, FELICIONI, *Accertamenti sulla persona e processo penale*, cit., 35; UBERTIS, *Attività investigativa e prelievo di campioni biologici*, cit., 9 ss. Analogamente, RODOTÀ, *Ipotesi sul corpo «giuridificato»*, in *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, 204, secondo il quale proprio perché il corpo umano è divenuto un «oggetto giuridico nuovo», occorre riconoscere al suo titolare dei diritti specifici in grado di proteggerlo rispetto alle pretese conoscitive dell'autorità.

⁵³ Sulla distinzione tra imputato come "organo" o "oggetto" di prova, diffusamente DOMINIONI, voce *Imputato*, in *Enc. dir.*, vol. XX, Milano, 1970, 789 ss.

⁵⁴ Per un'analisi dei principali casi giunti al vaglio della giurisprudenza, v. MONACO, *L'accertamento dei reati di guida in stato di ebbrezza e alterazione da droghe*, cit., 64 ss.

⁵⁵ Cfr. Cass., sez. IV, 23 ottobre 2009, n. 40911, in *CED Cass.*, n. 245638 la quale, posta di fronte al quesito se il reato di rifiuto ai test tossicologici imposti dall'art. 187 cod. str. sia scriminato dall'esercizio del diritto di difesa, si è pronunciata in senso negativo. Per ulteriori riflessioni, v. MONACO, *La prova dell'alterazione alla guida: una comparazione tra Italia e Germania*, in *Dir. pen. cont.*, 3 dicembre 2014, 24 ss.

Per completare il tema che qui ci occupa, si rende opportuno ampliare l'indagine sull'estensione attribuita al privilegio dalle disposizioni di rango sovranazionale⁵⁶: manca nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, al pari della Costituzione italiana, una formulazione espressa del principio in esame. Diverso è, invece, il tenore dell'art. 14, n. 3, lett. g) del Patto internazionale sui diritti civili e politici dell'uomo, il quale assicura ad ogni individuo accusato di un illecito penale la garanzia di «non essere costretto a deporre contro se stesso o a confessarsi colpevole». L'operatività del diritto tutelato dal Patto appare però ristretta alle sole prove in cui all'imputato sia richiesto un *dicere*⁵⁷.

Il diritto in esame, pensato per valutare la legittimità di dati probatori estrapolati attraverso sotterfugi, coazioni o pressioni in «spregio alla volontà dell'accusato»⁵⁸, è implicitamente tutelato dall'art. 6 CEDU⁵⁹ e non sembra limitato alle sole prove dichiarative: tuttavia, è necessario operare un bilanciamento tra questo e gli altri principi fondamentali riconosciuti dagli ordinamenti.

Da alcune pronunce in materia sembra potersi ricavare che il principio in parola non si estende alle evidenze che preesistono all'indagine penale e che sussistono «*independently of the will of the suspect*»⁶⁰, come documenti, campioni biologici o altri esempi di prove reali: se le modalità di

⁵⁶ Per un approfondimento, v. *amplius* ZACCHÈ, *Gli effetti della giurisprudenza europea in tema di privilegio contro le autoincriminazioni e diritto al silenzio*, in *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, a cura di Balsamo-Kostoris, Torino, 2008, 179 ss.

⁵⁷ V. Corte giust. UE, 18 ottobre 1989, C-374/87, *Orkem c. Commissione delle Comunità europee*, pubblicata e tradotta in DE SALVIA – V. ZAGREBELSKY, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, coord. da Fumagalli Meraviglia, vol. I, Milano, 2006, 956 ss.

⁵⁸ Cfr. Corte e.d.u., 5 novembre 2002, *Allan c. Regno Unito*, § 52, nella quale la Corte ha ritenuto violato l'art. 6, comma 1 CEDU perché l'imputato era stato indotto con l'inganno a rendere dichiarazioni autoaccusatorie a un informatore di Polizia appositamente detenuto nella sua stessa cella. Cfr. FANUELE, *Dati genetici e procedimento penale*, Cedam, 2009, 51; UBERTIS, *Principi di procedura penale europea*, 2^a ed., Milano, 2009, 59, il quale riconosce uno stretto collegamento tra il canone del *nemo tenetur* e il principio della presunzione di innocenza consacrato anche dall'art. 6, comma 2, CEDU.

⁵⁹ In questo senso si sono espressi i giudici di Strasburgo in Corte e.d.u., 25 febbraio 1993, *Funke c. Francia*, § 44, pubblicata e tradotta in DE SALVIA – ZAGREBELSKY, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit., 177 ss. Il diritto al silenzio fa «*intrinsèquement*» parte del diritto a un «giusto processo».

⁶⁰ Cfr. Corte e.d.u., 29 giugno 2007, *O'Halloran e Francis c. Regno Unito*, § 47; Corte e.d.u., 8 aprile 2004, *Weh c. Austria*, §§ 44-45; Corte e.d.u., 17 dicembre 1996, *Saunders c. Regno Unito*, §§ 68-69. Peraltro, la scelta del legislatore italiano di sanzionare l'atteggiamento autodifensivo del conducente che rifiuti di cooperare con l'autorità nella formazione di una prova *contra se*, sembra destinata a trovare futuro avvallo nella recente proposta di direttiva europea in tema di presunzione d'innocenza (cfr. *Proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio*, Bruxelles, 27 novembre 2013, COM 2013, 821 def., nella quale si auspica espressamente che «il diritto di non incriminarsi e di non cooperare non si estenda all'utilizzo in un procedimento penale del materiale probatorio [...] per il quale sussista l'obbligo per legge di conservarlo e fornirlo su richiesta, o l'analisi dell'aria alveolare espirata, o del sangue e delle urine, o dei tessuti corporei per la prova del DNA». La ragione dell'esclusione è dovuta al fatto che in questi casi il materiale di prova esiste indipendentemente dalla volontà del soggetto).

acquisizione della prova non integrano trattamenti inumani e degradanti⁶¹, ottenere prove reali mediante l'imposizione di un comportamento collaborativo non comporterebbe una violazione della libertà contro le autoincriminazioni.

In altri termini, i giudici di Strasburgo ribadiscono che il privilegio riguarda in via principale il diritto al silenzio e non si estende all'uso nel processo penale di materiali che potrebbero essere ottenuti dall'accusato attraverso l'uso di «*compulsory powers*»⁶².

È chiaro che, se il privilegio contro le autoincriminazioni viene riferito anche agli atti privi di contenuto comunicativo, gli artt. 186, comma 7 e 187, comma 8 cod. str. devono ritenersi illegittimi per contrasto con l'art. 24 Cost.: tuttavia, una volta espunte dal sistema le disposizioni che si pretendono incostituzionali, l'intero meccanismo di acquisizione della prova analizzato nei paragrafi precedenti crollerebbe.

Sprovvista di una risposta sanzionatoria, la disciplina vigente, oltre a non apparire congruente rispetto all'incremento sanzionatorio caratterizzante le recenti riforme, da un lato, rimarrebbe priva della forza necessaria per consentire l'acquisizione del dato probatorio; dall'altro, subordinerebbe l'accertamento del reato al consenso del suo autore.

Si osserva che, esclusa la possibilità di obbligare l'interessato a cooperare con la polizia, non resta che individuare specifiche procedure coattive di acquisizione della prova⁶³.

A tal fine, si prospettano due possibili soluzioni.

La prima via – ritenuta effettivamente praticabile – prevede l'esperibilità coattiva del prelievo di sangue, individuando casi e modi di esecuzione dell'atto, oltre alle procedure da adottare per ottenere l'autorizzazione del magistrato⁶⁴; andrebbe pensato, poi, anche un congegno derogatorio

⁶¹ Corte e.d.u., 11 giugno 2006, *Jalloh c. Germania*, in cui si ritiene lesiva dell'art. 6 CEDU la prassi di somministrare farmaci lassativi al fine di far espellere al sospettato ovuli di plastica individuati nel suo stomaco e verosimilmente contenenti sostanze stupefacenti.

⁶² MONACO, *L'accertamento dei reati di guida in stato di ebbrezza e alterazione da droghe*, cit., 75 evidenzia qualche dubbio sulla corretta traduzione di *compulsory* che può voler dire tanto "obbligatorio" quanto "coattivo". Sembra preferibile la prima traduzione: tra gli accertamenti che potrebbero essere esperiti attraverso il potere *compulsory*, infatti, la Corte inserisce, oltre ai campioni di sangue e di tessuti biologici dai quali estrarre il DNA, anche i campioni di urina e di fiato, i quali, salvo ipotizzare strumenti pericolosamente invasivi della sfera corporale, non possono essere ottenuti se non mediante una collaborazione attiva del soggetto.

⁶³ In altri termini, si rende necessario percorrere la strada che ha portato all'introduzione degli artt. 224-bis e 359-bis c.p.p.: su questo profilo, v. *supra*. In questo senso, tali procedure, non fruibili per gli accertamenti che qui interessano, potrebbero valere come modelli per la creazione di una normativa *ad hoc*.

⁶⁴ MONACO, *L'accertamento dei reati di guida in stato di ebbrezza e alterazione da droghe*, cit., 77 sottolinea l'opportunità di chiedersi se l'ordine del magistrato sarebbe effettivamente idoneo a soddisfare la riserva di giurisdizione dell'art. 13 Cost., posto che nel contesto di riferimento si fatica ad immaginare un'autorizzazione diversa da quella telefonica. Quali garanzie potrebbe assicurare una decisione immotivata presa in tutta fretta?

che, in casi di comprovata necessità e urgenza, consenta alla polizia di ordinare il prelievo senza attendere il benessere del giudice.

La seconda via ipotizza, invece, il possibile impiego da parte della polizia stradale di strumenti alternativi – sulla cui attendibilità occorre però particolare cautela – capaci di rilevare la presenza di alcool nell'organismo senza la collaborazione del conducente⁶⁵.

Posto che l'esigenza di accertamento del reato, se considerata di per sé sufficiente a legittimare l'applicazione di misure restrittive, determinerebbe una distorsione dell'intero sistema processuale, non resta altro che constatare che «gli esiti probatori scientificamente solidi sembrano raggiungibili soltanto attraverso un ragguardevole sacrificio della libertà personale dell'individuo»⁶⁶.

6. IRRIPETIBILITÀ DELL'ACCERTAMENTO: QUALI CONSEGUENZE?

Per espresso riconoscimento della stessa giurisprudenza di legittimità, l'urgenza dell'attività della polizia stradale trae la sua legittimazione dalla «naturale alterabilità, modificabilità e tendenza alla dispersione degli elementi di fatto che sono oggetto dell'analisi alcolimetrica»⁶⁷.

In effetti, dal punto di vista processuale, la determinazione del tasso etilico di un conducente tramite etilometro o esame di laboratorio è comunemente inquadrata fra gli “accertamenti urgenti e indifferibili” sulle persone, diverso dalle ispezioni personali, che può essere compiuto dagli ufficiali di polizia giudiziaria ai sensi dell'art. 354, comma 3, c.p.p.

Alla luce di quanto disciplinato dall'art. 356 c.p.p. si evince, inoltre, che in questi casi il difensore ha facoltà di assistere al compimento dell'atto, senza però «diritto a essere preventivamente avvisato», trattandosi di atto c.d. “a sorpresa”⁶⁸. L'omesso avviso all'interessato della facoltà di farsi assistere da un difensore, configurato come obbligatorio per gli accertamenti urgenti dall'art. 114 disp. att. c.p.p., dà luogo a una nullità di ordine generale a regime “intermedio”,

⁶⁵ Si fa riferimento, in primo luogo, agli alcoltest passivi: dotati di un sensore elettrochimico in grado di “annusare” l'aria circostante, rilevano la presenza di alcool in soggetti privi di conoscenza o che rifiutano di collaborare; in secondo luogo, ai braccialetti elettronici: in grado di captare l'innalzamento del tasso alcolemico, sono utilizzati negli U.S.A. con funzione di controllo su chi abbia già riportato una condanna per il reato di guida in stato di ebbrezza. Per gli *screening* delle droghe non mancano strumenti di rilevazione meno invasivi del prelievo di sangue, richiedenti un mero *pati* da parte di chi li subisca e dunque idonei a garantire il più ampio rispetto del diritto di non collaborare all'accertamento. Gli studiosi osservano, tuttavia, che la loro adozione a fini di indagine potrebbe far sorgere questioni sulla loro attitudine scientifica a provare il fatto oltre ogni ragionevole dubbio. Cfr., per tutti, FROLDI, *Lezioni di tossicologia forense*, cit., 116 ss.

⁶⁶ Così, MONACO, *L'accertamento dei reati di guida in stato di ebbrezza e alterazione da droghe*, cit., 79.

⁶⁷ In tal senso, Cass., sez. IV, 22 aprile 2004, n. 18610, in *Cass. pen.*, 2005, 583.

⁶⁸ Si osserva che nonostante il pericolo di alterabilità, dispersione e modificazione delle tracce e delle cose pertinenti al reato sulle quali si esplica il dovere di rilievo e di accertamento della polizia giudiziaria *ex art.* 354, comma 2, c.p.p., il codice non definisce alcun termine entro il quale sia ragionevole attendere l'arrivo del legale preventivamente avvisato.

dovendosi ritenere superate le diverse opzioni interpretative⁶⁹. Se la Cassazione, a più riprese, consolida la qualificazione dell'omessa informativa nel rango delle nullità "intermedie", la stessa non fornisce – come vedremo – altrettanta certezza in punto di tempi di deduzione e di rilevazione.

Poste queste premesse, in primo luogo, merita qualche ulteriore considerazione il profilo delle consequenziali garanzie difensive in merito alla recente pronuncia della Cassazione sulla legittimità dei prelievi ematici, già oggetto di alcuni rilievi critici nei precedenti paragrafi; in secondo luogo, va rilevato un contrasto giurisprudenziale quanto al limite temporale entro il quale è utilmente proponibile l'eccezione dell'invalidità in esame.

Quanto al primo profilo, si osserva che la sfera applicativa della garanzia di cui all'art. 114 disp. att. c.p.p. è stata ridimensionata dalla giurisprudenza di legittimità, la quale ha avuto modo di precisare – nel campo della prova spirometrica per l'alcoltest – che «l'obbligo di dare avviso al conducente della facoltà di farsi assistere da un difensore non ricorre qualora l'accertamento venga eseguito in via esplorativa, risultando espressione di un'attività di polizia amministrativa», mentre «tale obbligo sussiste qualora la polizia giudiziaria al momento dell'accertamento ritenga già di poter desumere lo stato di alterazione del conducente da qualsiasi elemento sintomatico dell'ebbrezza»⁷⁰.

Se applichiamo lo stesso criterio alla materia dei prelievi ematici, è plausibile qualificare l'avviso della facoltà di farsi assistere da un difensore come un atto obbligatorio in ogni caso di prelievo richiesto dalla polizia giudiziaria in seguito a sinistro stradale: in quest'ultima ipotesi, qualificare l'accertamento come "di semplice *routine*" o eseguito "in via esplorativa" pare una forzatura. La verifica del tasso alcolico richiesta nei confronti di un soggetto ospedalizzato configura, infatti, un atto investigativo di polizia giudiziaria effettuato, verosimilmente, a fronte di elementi che lasciano intendere l'avvenuta commissione del reato di guida in stato di ebbrezza.

Alla luce di queste considerazioni è chiaro che il prelievo ematico, disposto per finalità di accertamento della responsabilità penale, deve essere circondato dalle ordinarie garanzie previste dal codice di rito per tutti gli accertamenti urgenti sulla persona⁷¹.

Il secondo profilo cui si è fatto cenno attiene, invece, alla varietà d'interpretazioni, nell'ambito della giurisprudenza di legittimità, quanto al limite temporale entro il quale è utilmente

⁶⁹ Cfr., tra le altre, Cass., sez. IV, 5 novembre 2003, n. 42020, in *CED Cass.*, n. 227294, secondo la quale tale nullità doveva essere qualificata come relativa.

⁷⁰ In tal senso, Cass., sez. IV, 11 marzo 2008, n. 10850, in *CED Cass.*, n. 239404.

⁷¹ V. STRAMAGLIA, *Revirement della Cassazione*, cit., il quale puntualizza che «ciò va ribadito sia sul versante della necessaria verifica di un consenso dell'interessato, che deve essere opportunamente documentata, sia sul terreno delle formalità previste dall'art. 114 disp. att. c.p.p. (avviso della facoltà di farsi assistere da un difensore)».

proponibile l'eccezione di nullità che deriva dall'omessa informativa da parte degli agenti operanti circa la facoltà del conducente di farsi assistere da un difensore.

L'invalidità in esame è riconducibile alla disciplina dettata dall'art. 178, comma 1, lett. c) e dagli artt. 180 e 182 c.p.p.: si considera, pertanto, sanata se non dedotta prima, ovvero immediatamente dopo il compimento dell'atto ai sensi dell'art. 182, comma 2, c.p.p.⁷².

Sulla questione, però, sono ravvisabili due distinti orientamenti.

Vi sono state pronunce – fondate su un'interpretazione più rigorosa della lettera dell'art. 182, comma 2, c.p.p. – che hanno fatto riferimento al tempo immediatamente successivo al compimento dell'atto: in particolare, si è sostenuto che detto termine non è posto dalla norma in relazione alla necessaria effettuazione di un successivo atto in cui intervenga la stessa parte o il difensore, «ben potendo la formulazione dell'eccezione aver luogo anche fuori dall'espletamento di specifici atti, mediante lo strumento delle “memorie o richieste” che, ai sensi dell'art. 121 c.p.p., possono essere inoltrate in ogni stato e grado del procedimento». Tale interpretazione permette, quindi, di considerare tardivamente proposta l'eccezione di nullità che deriva dall'omesso avviso previsto dall'art. 114 disp. att. c.p.p., allorché la parte, invece di sollevare l'eccezione immediatamente dopo il compimento dell'atto, abbia atteso il compimento di un successivo atto del procedimento⁷³.

In altre pronunce si è guardato al momento in cui viene effettuata la nomina del difensore di fiducia ovvero il deposito degli atti⁷⁴.

A questa interpretazione se ne affianca una meno rigorosa che muove da una lettura costituzionalmente orientata degli artt. 354, 356, 366 c.p.p. e dell'art. 114 disp. att. c.p.p.: l'eccezione sollevata con il primo atto procedimentale utile – ad esempio l'atto di opposizione al decreto penale di condanna – è da considerarsi tempestiva. Questo orientamento considera, infatti, non pertinente il richiamo all'art. 121 c.p.p. e non intempestiva un'eccezione di nullità sollevata in

⁷² V., tra le altre, Cass., sez. IV, 1 ottobre 2012, n. 38003, in *CED Cass.*, n. 254374, la quale ha, inoltre, puntualizzato che in mancanza del difensore di fiducia, «non è prevista per il compimento di tali atti la nomina di un difensore di ufficio come disposto per altri atti (v. artt. 350 e 364 c.p.p.)».

⁷³ Cfr. Cass., sez. IV, 22 luglio 2013, n. 31358, in *CED Cass.*, n. 256213; Cass., sez. IV, 15 novembre 2012, n. 44840, *ivi*, n. 254959. Nel senso che la nullità va eccepita immediatamente dopo il compimento dell'alcoltest, Cass., sez. IV, 1 ottobre 2012, n. 38003, *cit.*; Cass., sez. IV, 26 novembre 2009, n. 45621, *ivi*, n. 245462; Cass., sez. IV, 13 luglio 2007, n. 27736, *ivi*, n. 236934. In senso contrario pare esprimersi Cass., sez. IV, 25 marzo 2011, n. 12025, *ivi*, n. 249941, per la quale in tema di guida in stato di ebbrezza, l'omesso deposito del verbale contenente gli esiti del c.d. alcoltest non integra alcuna nullità, ma costituisce una mera irregolarità che non incide sulla validità o sull'inutilizzabilità dell'atto, rilevando solo ai fini della decorrenza del termine entro il quale è consentito l'esercizio delle attività difensive.

⁷⁴ In relazione all'omesso avviso all'indagato della facoltà di farsi assistere da un difensore di fiducia nel corso di una perquisizione o sequestro, cfr. Cass., sez. III, 18 aprile 2012, n. 14873, in *CED Cass.*, n. 252397. V. Cass., sez. IV, 25 gennaio 2007, n. 2584, in *CED Cass.*, n. 236007, con nota di POTETTI, *Incertezze della Cassazione sull'applicazione dell'art. 366 c.p.p. agli accertamenti della guida in stato di ebbrezza*, in *Cass. pen.*, 2008, 2551 ss.

sede di opposizione, in ragione della brevità dei termini previsti dalla legge processuale per impugnare il provvedimento emesso *inaudita altera parte*⁷⁵.

Prima di sottoporre al vaglio delle Sezioni Unite il ravvisato contrasto⁷⁶, la Quarta Sezione, che in tre “casi fotocopia” aveva concluso per la sanatoria della suddetta nullità in quanto non eccepita dalla parte immediatamente dopo il compimento del test⁷⁷, ritenne utile approfondire il tema.

I tre casi richiamati hanno identiche cadenze motivazionali: la nullità in parola può essere rilevata anche d’ufficio secondo quanto previsto dalla disciplina delle nullità a regime intermedio, «ma ciò non è possibile quando la parte sia decaduta dalla possibilità di proporre la relativa eccezione e comunque quando la nullità si sia sanata»⁷⁸.

In quelle occasioni la Corte ebbe modo di ribadire che nel rispetto del principio affermato dal Giudice delle leggi, «il vizio procedurale, sanato per volontà di chi avrebbe titolo per dedurlo, non impone al giudice alcun rilievo formale della verificata nullità»⁷⁹. La risoluzione del vizio a seguito del prodursi dell’effetto decadenziale o della sanatoria – a parere del Collegio – preclude ogni ulteriore rivalutazione del tema, per evidenti ragioni di economia processuale.

I Supremi Giudici osservavano che sul piano concettuale la giurisprudenza sembra dividersi sulla necessità che l’eccezione sia formulata soltanto dopo aver instaurato il rapporto con il difensore.

Per un verso, vi sono linee interpretative che rimarcano la possibile condizione d’ignoranza incolpevole dell’indagato circa l’esistenza del diritto violato e considerano l’“avviso del deposito dell’atto” come il momento in cui il difensore, sia pure nominato d’ufficio, prende conoscenza della

⁷⁵ Cass., sez. V, 27 febbraio 2012, n. 7654, in *CED Cass.*, n. 252171 ha ritenuto utilmente sollevabile l’eccezione (rispetto a un atto di sequestro) avanzata in sede di riesame, sull’assunto della violazione delle garanzie difensive che sarebbe altrimenti realizzata.

⁷⁶ Cfr. Cass., sez. IV, ord. 21 ottobre 2014, n. 43847, in *Guida dir.*, focus on line, 2014, la quale ha recentemente richiesto l’intervento regolatore delle Sezioni Unite della Cassazione.

⁷⁷ Cass., sez. IV, 3 settembre 2013, n. 36009, in *CED Cass.*, n. 255989; Cass., sez. IV, 3 settembre 2013, n. 36010 e Cass., sez. IV, 3 settembre 2013, n. 36011, *inedite*. Con particolare riferimento all’ultima sentenza citata, la Corte ha ritenuto fondato il ricorso del Procuratore generale avverso la sentenza pronunciata ai sensi dell’art. 129 c.p.p. che aveva assolto l’imputato dal reato di cui all’art. 186, comma 2, lett. c) cod. str. per non aver commesso i fatti. In particolare, il ricorrente invocava i “paletti” temporali entro cui eccepire le nullità di regime intermedio – quale è l’omesso avviso di cui all’art. 114 disp. att. c.p.p. – pena la decadenza dall’esercizio di tale potere e conseguente sanatoria dell’invalidità.

⁷⁸ Cfr. Cass., sez. IV, 3 settembre 2013, n. 36009, cit.; Cass., sez. IV, 3 settembre 2013, n. 36010 e Cass., sez. IV, 3 settembre 2013, n. 36011, cit. Anche se soltanto Cass., sez. IV, 3 settembre 2013, n. 36009, cit., fa espresso richiamo all’ “alcoltest”, si ritiene che in tutti e tre i casi di specie l’accertamento del tasso alcolemico sia avvenuto per mezzo di etilometro.

⁷⁹ C. cost., ord. 8-10 maggio 2000, n. 135, in *Giur. cost.*, 2000, 1317 specifica che l’assunto secondo cui «non ogni irregolarità processuale conduce alla sanzione di nullità», è evidente ove si consideri che la legge di delega del nuovo codice di procedura penale ha espressamente sancito il criterio della «massima semplificazione nello svolgimento del processo con eliminazione di ogni atto o attività non essenziale». V. in tal senso anche Cass., sez. VI, 1 aprile 2011, n. 13402, in *CED Cass.*, n. 249912.

violazione avvenuta. Detto altrimenti, il predetto avviso mette il difensore nelle condizioni di dedurre la violazione tempestivamente, ovvero nei cinque giorni che l'art. 366 c.p.p. gli concede per l'esame degli atti⁸⁰.

Connettere la decadenza in parola al previo instaurarsi della difesa tecnica significa garantire il rispetto sostanziale del diritto di difesa⁸¹.

Per altro verso, «le decisioni del diverso indirizzo non rilevano alcun pregiudizio del diritto di difesa derivante dalla pretesa che sia l'indagato medesimo a dover sollevare l'eccezione»⁸².

Non sfuggirà che il nodo della questione riguardi la tutela del diritto alla difesa tecnica. Il tema, peraltro, è già stato preso in esame da alcune pronunce della giurisprudenza costituzionale: il diritto di difesa, inteso come effettiva possibilità di ricorrere all'assistenza tecnica del difensore, si considera violato nei casi in cui sia posto a pena di decadenza un termine decorrente dalla notificazione dell'atto, da cui conseguono specifiche facoltà tecnico-processuali, all'imputato, anziché al difensore⁸³.

È proprio su questi rilievi che la Quarta Sezione ancora la verifica del rispetto di predetto diritto alla semplicità ovvero alla complessità delle cognizioni richieste per la proposizione dell'eccezione: sicché ben possono darsi «casi in cui la formulazione di un'eccezione di nullità intermedia richieda che il termine decadenziale abbia corso solo dopo la nomina di un difensore e casi in cui il termine prescindendo dall'instaurazione del rapporto tra l'indagato o l'imputato e il difensore»⁸⁴.

Nell'ipotesi dei test previsti dall'art. 186, commi 3 e 4, cod. str. la Corte non ha ravvisato la necessità di coinvolgere il difensore ben potendo direttamente l'interessato sollevare l'eccezione. È chiaro, quindi, che l'avviso intende garantire la semplice conoscenza da parte del difensore del compimento dell'atto, che non deve essere ritardato in attesa che egli giunga.

⁸⁰ Ravvisano la necessità di connettere la previsione dell'art. 182, comma 2, primo periodo c.p.p. all'intervento del difensore, Cass., sez. II, 16 maggio 2011, n. 19100, in *CED Cass.*, n. 250191; Cass., sez. IV, 16 aprile 2008, n. 15739, *ivi*, n. 239737.

⁸¹ A tal proposito, Cass., sez. IV., 3 settembre 2013, n. 36011, cit., precisa che siffatta tesi «apre al dubbio che essa implichi la necessità di postulare un onere di attivazione del difensore (a far tempo dalla nomina) che è privo di fondamento nell'ordinamento processuale ovvero di individuare uno snodo procedimentale che, rendendo certa la conoscenza degli atti del fascicolo al difensore, permette di sanzionare l'inerzia».

⁸² Così, Cass., sez. IV, 3 settembre 2013, n. 36011, cit.

⁸³ Cfr. C. cost., 16 aprile 2002, n. 120, in *Giur. cost.*, 2002, 930 ss., ribadendo un principio già enunciato dal Giudice delle leggi (C. cost., 17 giugno 1975, n. 162), dichiarò l'illegittimità dell'art. 458, comma 1 c.p.p. nella parte in cui prevede che il termine entro cui l'imputato può chiedere il giudizio abbreviato decorre dalla notificazione del decreto di giudizio immediato, anziché dall'ultima notificazione, all'imputato o al difensore, rispettivamente del decreto ovvero dell'avviso della data fissata per il rito premiale. La disciplina censurata era, infatti, congegnata in maniera tale che il termine stabilito a pena di decadenza per presentare richiesta di giudizio abbreviato potesse scadere senza che il difensore avesse potuto illustrare al proprio assistito le opzioni difensive rispettivamente collegate al rito speciale e alla celebrazione del dibattimento.

⁸⁴ Cass., sez. IV, 3 settembre 2013, n. 36011, cit.

L'atto cognitivo sulla persona effettuato ai fini dell'accertamento del reato di guida in stato di ebbrezza, in altri termini, non consente di rilevare – a parere della Corte – «facoltà processuali che comportano la cognizione di elementi tecnici rientranti nelle specifiche competenze professionali del difensore»⁸⁵.

Alla luce di queste argomentazioni, i tre ricorsi che riconducevano la nullità alle condizioni di deducibilità previste dall'art. 182, comma 2, c.p.p. e rimarcavano l'omessa o tardiva eccezione di parte quale causa della sanatoria dell'invalidità, vennero accolti.

Questa tesi interpretativa, tuttavia, non ha fatto in tempo a consolidarsi: nell'arco di poche settimane, in presenza degli stessi presupposti di fatto e di diritto, i giudici di legittimità sono arrivati a una decisione opposta⁸⁶.

Il procuratore generale presso la corte di appello – anche in questo caso – proponeva ricorso avverso la sentenza del giudice per le indagini preliminari emessa a seguito di richiesta del pubblico ministero di emissione di decreto penale. La violazione della disposizione di cui all'art. 114 disp. att., a parere del ricorrente, non era stata ricondotta alle condizioni di deducibilità previste dall'art. 182, comma 2, c.p.p. e conseguentemente l'imputato era stato assolto dalla contravvenzione per non aver commesso il fatto.

Nell'ultimo caso sottoposto alla sua attenzione la Suprema Corte si è confrontata con il seguente interrogativo: se la parte, che ha interesse all'osservanza della disposizione violata, si astiene dall'eccepire la nullità entro i termini previsti dall'art. 182, comma 2, c.p.p., può il giudice rilevarla d'ufficio entro i più ampi termini previsti dall'art. 180 c.p.p.?

Nel caso di specie – e in ciò sta l'elemento di differenziazione – la Cassazione ha ritenuto che «dalla lettura degli artt. 182 e 183 c.p.p. a cui si rinvia, non si evince in alcun modo che l'omessa eccezione della nullità comporti automaticamente la sua sanatoria. L'unico effetto è che la parte decade dalla possibilità di lamentare il vizio con correlata pretesa di una decisione del giudice sul punto».

Il rinnovato orientamento della Cassazione permette di svolgere due considerazioni. Da un lato, in tema di nullità a regime intermedio, l'invalidità non s'intende sanata automaticamente per effetto della decadenza della parte dalla possibilità di eccepirla ai sensi dell'art. 182, comma 2, primo periodo c.p.p.: il giudice ha, infatti, pur sempre il potere di rilevarla d'ufficio nei più ampi termini di cui all'art. 180 c.p.p.; dall'altro lato, la parte che sia decaduta ha pur sempre la possibilità di sollecitare il giudice all'esercizio dei suoi poteri officiosi. La Corte puntualizza che «non

⁸⁵ In tal senso, v. per tutti e tre i “casi fotocopia”, Cass., sez. IV, 3 settembre 2013, n. 36011, cit.

⁸⁶ Si metta a confronto Cass., sez. IV, 17 ottobre 2013, n. 42667, in *CED Cass.*, n. 257191 e Cass., sez. IV, 3 settembre 2013, n. 36011, cit.

essendovi per questi l'obbligo del rilievo della nullità, l'omessa sua declaratoria non è sindacabile»⁸⁷.

La Cassazione ha, quindi, rigettato il ricorso per la sua infondatezza e, in tal senso, ha contraddetto le sue precedenti pronunce: pare, quindi, si debba considerare la dichiarabilità d'ufficio di alcune nullità generali entro i limiti temporali descritti, quale «strumento per riportare il processo nei binari della legalità processuale», in questo modo viene assicurato un trattamento egualitario proprio nel caso di inerzia delle parti, alle quali la disciplina codicistica ha pure inteso attribuire un ruolo più pregnante e responsabile⁸⁸.

Il radicale contrasto tra le prospettate soluzioni interpretative, afferenti un diritto di rilievo costituzionale quale il diritto di difesa, giustifica il recente interpello – peraltro, da tempo auspicato – delle Sezioni Unite della Cassazione.

7. RILIEVI CONCLUSIVI

A questo punto, merita ricordare, quanto al diritto contro le autoincriminazioni, che i giudici di Strasburgo si sono espressi in modo puntuale: nessuno spazio in materia di accertamenti dell'ebbrezza e di alterazione alla guida. Più malleabile la giurisprudenza italiana, che ha mostrato maggiori aperture all'estensione del diritto in parola, pur tuttavia negando, quando chiamata a rispondere al quesito diretto, la riferibilità del principio agli artt. 186 e 187 cod. str.

Evidenti, peraltro, le implicazioni processuali che derivano da una scorretta “gestione” in fase di accertamento da parte degli agenti operanti: nel procedimento per reato di guida in stato di ebbrezza l'informazione probatoria acquisita con l'analisi spirometrica o di laboratorio è di primaria importanza⁸⁹, sicché un'elusione delle garanzie difensive inficia la prova della penale responsabilità del conducente.

La Quarta Sezione della Cassazione nell'ottobre del 2013⁹⁰ ha ritenuto che il giudice, titolare di un potere officioso, potesse rilevare la nullità dell'atto anche in caso di mancata tempestiva deduzione di parte: è chiaro, tuttavia, che la dichiarabilità *ex officio* della nullità derivante dall'omessa informativa dei diritti difensivi comporta inevitabilmente la perdita di un dato probatorio – il più delle volte decisivo – su cui fondare la pronuncia.

⁸⁷ Cfr. sul punto Cass., sez. VI, 1 aprile 2011, n. 13402, in *CED Cass.*, n. 249912.

⁸⁸ In tal senso, Sez. I, 21 aprile 1979, Amato, in *Cass. pen.*, 1980, 831.

⁸⁹ V. AMODIO, *Al giudice è consentito rilevare d'ufficio l'invalidità anche se la parte non ha più possibilità di eccepirla*, in *Guida dir.*, 2014, 1, 54, il quale ricorda che il c.d. alcoltest, eseguito dall'agente accertatore, costituisce la prova “regina” a fondamento della responsabilità del conducente.

⁹⁰ Cfr. Cass., sez. IV, 17 ottobre 2013, n. 42667, cit.

Preso atto di questo indirizzo, frutto di un'elaborazione interpretativa già nota in dottrina⁹¹, ci si chiede, peraltro, come mai – nel caso di specie – si sia omessa qualsiasi tipo di considerazione circa gli elementi sintomatici del conducente così come risultanti dal verbale della polizia giudiziaria⁹².

Si osservi che la Corte, per mezzo di una rigida ma legittima applicazione delle garanzie previste dal codice di rito, aveva preferito un'interpretazione non propriamente coerente con l'intento del legislatore penale più volte intervenuto per rafforzare la tutela della sicurezza stradale⁹³. Le fattispecie di guida sotto l'influenza dell'alcool o in stato di alterazione psico-fisica per uso di sostanze stupefacenti hanno mantenuto il loro carattere di illecito penale proprio perché condotte prodromiche rispetto a eventuali eventi lesivi dell'incolumità personale⁹⁴.

Detto questo, però, la deducibilità dell'invalidità in esame è strettamente funzionale a un'effettiva tutela dell'intervento, dell'assistenza e della rappresentanza dell'indagato. Si tratta di garanzie individuali che non possono essere sacrificate per esigenze di giustizia ricollegabili al valore dell'efficienza del processo, nel senso già precisato. Non dimentichiamo, quindi, che la funzione processuale del diritto di difesa è anche quella di garantire un corretto accertamento⁹⁵.

A seguito della recente pronuncia della Cassazione⁹⁶, posta in ogni caso un'intrinseca difficoltà di ottenere un equo bilanciamento tra i diversi valori cui si è fatto cenno, attendiamo l'intervento chiarificatore da parte delle Sezioni Unite: se da un lato, si considera l'orientamento che accredita la capacità di eccezione diretta dell'interessato, emergono profili di dubbia corrispondenza con i principi del diritto di difesa; se dall'altro, si trascura l'esigenza di acquisizione

⁹¹ Cfr. DOMINIONI, *Le nullità a regime intermedio*, in Amodio-Dominioni-Galli, *Nuove norme sul processo penale e sull'ordine pubblico*, Milano, 1979, 79 ss.; ID., *Artt. 181*, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, diretto da Amodio-Dominioni, vol. II, Milano, 1989, 284-285; CAVALLARI, *Art. 180*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario, vol. II, Torino, 1990, 329.

⁹² Cfr. Cass., sez. un., 5 febbraio 1996, n. 1299, cit. convalida l'orientamento maggioritario sulla utilizzabilità di dati esteriori connessi al comportamento del conducente rilevatori di uno stato di alterazione e conseguentemente nega all'accertamento strumentale la natura di prova legale.

⁹³ Accanto all'enucleazione di fattispecie (di natura preventiva) contenute nel codice della strada, il legislatore è intervenuto sul tessuto dei tradizionali delitti di omicidio colposo e lesioni personali colpose, aggravati dalla violazione della disciplina sulla circolazione stradale, disponendo modifiche sul piano dell'entità della sanzione prevista dal codice penale, nonché attraverso la predisposizione di norme strumentali a un'efficace repressione. Per un approfondimento v. l. 21 febbraio 2006, n. 102 "Disposizioni in materia di conseguenze derivanti da incidenti stradali"; d.l. 23 maggio 2008, n. 92 e d.l. 15 luglio 2009, n. 94 recanti "Misure urgenti in tema di sicurezza pubblica".

⁹⁴ In tal senso, ANTONINI, *Ebbri e drogati al volante: il recente giro di vite nella disciplina della circolazione stradale*, in *Criminalia*, 2008, 295 ss.; COZZI, *Le modifiche al codice della strada*, in Pelissero-Antonini-Cozzi, *Le novità del pacchetto sicurezza (prima parte)*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 1373 ss.

⁹⁵ Cfr. ILLUIMINATI, *La presunzione di innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979, 172 ss.; FERRUA, *Difesa (diritto di)*, in *Dig. d. pen.*, vol. III, Utet, 1989, 477.

⁹⁶ V. Cass., sez. IV, ord. 21 ottobre 2014, n. 43847, cit.

della prova del reato quale «interesse pubblico primario»⁹⁷, vengono meno gli obiettivi di prevenzione e di repressione del fenomeno dell'incidentalità stradale⁹⁸.

⁹⁷ GIALUZ, *Radiologia e accertamenti medici coattivi*, cit., 559 richiama, in tal senso, C. cost., 27 giugno 1996, n. 238, cit., 2147 ss., secondo la quale l'esigenza di acquisizione della prova del reato costituisce un «valore primario sul quale si fonda ogni ordinamento ispirato al principio di legalità».

⁹⁸ La circolazione stradale rappresenta ormai da tempo uno dei settori in cui si registra il più alto numero di reati colposi contro la vita e l'incolumità personale e la cronaca segnala che queste fattispecie di reato sono spesso commesse da soggetti che erano alla guida in stato di ebbrezza o sotto l'effetto di sostanze stupefacenti, secondo quanto attestano anche le rilevazioni statistiche. Cfr. CORRERA, MARTUCCI, PUTIGNANO, *La criminalità colposa del traffico stradale*, Padova, 1996, 36; ANTONINI, *Ebbri e drogati al volante: il recente giro di vite nella disciplina della circolazione stradale*, cit. Per un approfondimento, CEI, voce Codice della strada, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di Palazzo-Paliero, Padova, 2007, 750 ss.; BRICCHETTI, *Inasprimenti in materia di circolazione stradale illecita*, in *Il decreto sicurezza*, a cura di Scalfati, Torino, 2008; BELLAGAMBA-CARITI, *Il nuovo codice della strada*, 6^a ed. agg., Milano, 2008; GATTA, *Un'ulteriore stretta sanzionatoria in tema di sicurezza stradale*, in *Il pacchetto sicurezza 2009*, a cura di Mazza-Viganò, Torino, 2009; PECCIOLI, *Gli interventi di restyling legislativi dei reati colposi stradali, Speciale Dolo e colpa*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 36 ss.; v. "Disegno di legge 30 settembre 2013, n. C 1646", www.camera.it.